

OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA LEI DE LICITAÇÕES: UM ESTUDO DE CASO

ÁLVARO CÉSAR DOS SANTOS NETTO

Professor de Direito Administrativo e Econômico da Universidade do Vale

do Rio Doce - UNIVALE

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho

Advogado

SUMÁRIO: 1 Eficiência e regime jurídico-administrativo – 2 Dos convênios administrativos – 3 Da interpretação da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 – 4 Um estudo de caso – 5 Conclusão

1 EFICIÊNCIA E REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

É sem controvérsia o fato de que a Administração Pública tem como objetivo fundamental a realização do interesse público e a satisfação do bem comum. Todavia, herdamos de nosso período colonial um poder público burocrático e formalista que maioria das vezes não consegue entregar à população aquilo que lhe é de direito: um serviço público rápido e eficaz.

Diante do problema, o legislador nacional inseriu em nosso ordenamento constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, o princípio da eficiência, visando, no dizer de Moreira Neto (1998, p. 43), vivenciar uma Administração mais gerencial em contraponto àquela existente, de índole essencialmente burocrática.

Destaca Di Pietro (1998, p. 73-74) que esse princípio “[...] impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.” A autora, entretanto, deixa claro em seguida que “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito.”

Vale dizer, não obstante apontar o princípio para uma Administração mais eficiente, o seu acatamento, de forma alguma, derogou a obediência e a submissão do poder público a parâmetros decorrentes do regime jurídico ao qual está preso, a princípios constitucionais previamente estabelecidos, não o dispensando das sujeições típicas da Administração como, por exemplo, o dever de licitar, do qual falaremos mais abaixo.

Outrossim, não é possível, simplória ou maldosamente, com base no

princípio da eficiência, querer igualar a administração privada à pública¹ sob o argumento de ser esse o único caminho apto a conseguir a pretendida eficácia das atividades administrativas; como se a administração privada, com toda a liberdade que lhe é inerente, se tornasse único delta onde desaguariam todas as vastas águas da competência gerencial. Ao revés, poderíamos dizer que a eficiência haverá de ser perseguida e posta à disposição da coletividade dentro das amarras características do poder público e não à sua margem. Inexiste antinomia entre as pretensões tendo em vista que a correta aptidão para os negócios públicos pode, também, ser almejada, e efetivamente implantada mesmo dentro de um regime jurídico diferenciado.

Essas considerações iniciais são feitas porquanto qualquer discussão relacionada ao Direito Administrativo, como a que sustentaremos mais abaixo, haverá de ter como ponto de partida suas particularidades, ensejando um raciocínio jurídico diferenciado na aplicação e interpretação de suas normas.²

Deveras, o Direito Administrativo tem finalidades diversas daquelas encontradas no Direito Privado³ redundando em uma disciplina normativa diferenciada que tem como matriz, no magistério de Mello (2000, p. 27), a obediência a outros dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.⁴

1 “O recurso à gestão privada continua a ser excepcional: o princípio em França, é o da submissão da Administração à um direito particular, diferente daquele que rege as atividades privadas naquilo que, problemas semelhantes (os contratos, a responsabilidade) apresentam soluções distintas. É o que se exprime quando se fala da autonomia do direito administrativo, do seu caráter derogatório do direito comum e se opõe a gestão pública à gestão privada da Administração.” (RIVERO, 1981, p. 22). A mesma idéia aplica-se ao Direito Administrativo brasileiro.

2 “Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.” (MELLO, 2000, p. 25).

3 “De las observaciones precedentes podemos desprender las siguientes conclusiones:

I - Que la urgencia, generalidad o amplitud de ciertas necesidades coletivas requiere que su satisfaccion se encomiende, creándose una atribución, a una entidad, el Estado, com cualidades diversas de los particulares y se realice por médios de que éstos no disponen.

II - Por consecuencia. la creación y organización del Estado, debe de estar regulada por normas jurídicas especiales y adecuadas.

III - Igualmente debe existir un régimen especial para regular el funcionamiento del mismo Estado, inspirándose dicho régimen en el propósito de que las necesidades generales sean eficaz, continua y regularmente satisfechas.

El regimen jurídico especial a que aluden las conclusiones II y III, constituye el derecho público.” (FRAGA, 1948, p. 100).

4 “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. [...] Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de cura-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.” (MELLO, 2000, p. 34).

Essa diferença mostra-se muito mais forte, diante das características de nosso ordenamento jurídico, quando tratamos da aquisição de bens e serviços pela Administração Pública tendo em vista que, justamente nesta seara, envolvendo enormes valores financeiros, é que encontramos as mais variadas e esdrúxulas tentativas de se firmar uma exegese da lei de licitações voltada a proteger interesses político-econômicos escusos.

Todavia, veremos que a interpretação da mencionada Lei, em quais-quer dos casos em que se pretende sua aplicação, não exige o contorcionismo que muitos críticos querem fazer crer, bastando, para tanto, ater-nos aos parâmetros traçados pela norma Constitucional como veremos em tópico infra.

2 DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Na busca da supra mencionada eficiência administrativa, a Administração Pública lança mão de variados instrumentos jurídicos visando à cooperação dos diversos entes sociais, conjugando esforços em prol de seu objetivo principal que é a realização do interesse público; entre eles, atualmente, os mais usados são os instrumentos denominados convênios.

Longe de ser criação do Direito Público Administrativo, o convênio é instituto tomado de empréstimo ao Direito Privado bem como ao Direito Inter-nacional, cabendo-nos, contudo, como já mencionado, adaptá-lo ao regime jurídico-administrativo quando a Administração estiver envolvida.

Em nosso país, são instrumentos que permitem que nossas organiza-ções político-administrativas, diante das inúmeras tarefas e responsabilidades que devem realizar e curar, consigam o apoio de outros atores sociais (públicos ou privados), somando esforços na consecução de determinados objetivos os quais, talvez, de forma isolada, a Administração Pública não seria capaz de lograr êxito.

Trata-se, portanto, na lição de Meirelles (1977, p. 472), de “[...] meios de ação da Administração através dos quais esta obtém bens e recursos de toda ordem, que precisa para implantar seus planos, concretizar seus projetos, con-cluir seus empreendimentos de necessidade ou utilidade pública.”

Não nos cabe no exíguo espaço deste texto, enfrentarmos mais profun-damente as dúvidas doutrinárias acerca das diferenças entre contratos adminis-trativos e convênios. O conceito supra delineado nos é suficiente. Destacamos, mais uma vez, que sendo convênio, contrato ou qualquer outro tipo de ajuste no qual a Administração se envolva, o instrumento estará inapelavelmente subme-tido às necessidades do Direito Público.

Resta-nos, todavia, uma afirmação que nos servirá para a interpretação do caso concreto a que nos propusemos. Não obstante em muitos casos termos a presença de entes privados somando esforços com o poder público, não pode o gestor público deixar-se enredar na insidiosa armadilha de pensar que o

envolvimento deles levaria para o campo do Direito Privado as referências jurídicas do acerto firmado, imunizando-o à principiologia constitucional que regulamenta o poder público em nome de uma certa agilidade e maleabilidade da pretendida ação administrativa.

Com esse entendimento, o agente público envereda por uma senda perigosa e contraditória, porquanto o correto é que incida sobre o caso concreto a supremacia do interesse público sobre o privado não tendo valor constitucional a aplicação do Direito Privado a entes públicos, que as regras do Direito Público se sobreponham às de Direito Privado atraindo-as.

O fato de um ajuste ter sido efetivado com um ente privado não quer dizer que, por meio do acerto, estaríamos diante de um desmembramento do Poder Público, de uma nova figura jurídica não vinculada às suas sujeições particularizadas, entre elas, há que se repetir, do dever de licitar.

3 DA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 8.666, de 21.06.1993

Conquanto em outros ordenamentos jurídicos encontremos certa discricionariedade na conduta da Administração ao contratar com particulares,⁵ no Brasil a regra é a licitação, comando derivado do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88.⁶ Não existe, pois, em nossa legislação a livre eleição do contratante.

No dizer do saudoso Meirelles (2002, p. 258), “[...] a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo”, sendo, assim, condição para sua formalização.

Assim é porque, “Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação.” (MORAES, 2002, p. 882).

Contudo, a inteligência daqueles que tentam rapinar o erário é absur-

⁵ “A regra do direito público francês é que a Administração elege livremente, discricionariamente, seu contratado.” (JEZÉ, 1950, p. 54). Todavia, mesmo com a liberdade mencionada, o administrador francês não tem caminho totalmente livre, o que se depreende da seguinte afirmação; “Étant destinée à choisir par une formule de sélection le contractant dont les offres seront les plus intéressantes pour l’administration, l’adjudication repose d’abord sur les principes dominants de l’égalité entre concurrents: ces principes dominent le mécanisme d’accès des particuliers à l’adjudication.” (LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDEMET, 1999. p. 812).

⁶ “Art. 37.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

damente criativa e, não obstante o claro comando constitucional mencionado, muitas vezes, sob o argumento da eficiência que se quer implantar, em procedimentos aparentemente legais, vemos atitudes e *interpretações* da lei bastante abusivas tendendo a burlar seus princípios e finalidades. Exige-se, portanto, atitudes de constante vigília tanto dos cidadãos quanto do Ministério Público, legitimado que é para a defesa do patrimônio e dos valores de interesse da comunidade.

Ora, é sabido que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é legislação longa que, bem por isso, traz, aparentemente, certos conflitos em sua interpretação e na aplicação de seus comandos ao caso concreto. Nada, entretanto, que afaste sua interpretação de princípios básicos da hermenêutica.

Portanto, a norma haverá de ter uma interpretação integrada, interdependente, porquanto as previsões legais, não obstante, às vezes, autônomas, possuem interseções para atingirem sua finalidade visando dar efetividade a todos os seus princípios tendo em vista que, no dizer de Ráo (1952, v. 2, p. 542): “[...] a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação.”

No que se relaciona ao processo licitatório, temos como princípios basilares, inafastáveis, os princípios da ampla participação, da isonomia e do caráter amplamente competitivo visando chegar à melhor proposta para a administração, critérios que não poderão ser excepcionados por quaisquer dos subcomandos inseridos em seu texto.

Decorrencia disso, a interpretação do comando constitucional do art. 37, XXI, da CF/88, braços dados com a Lei n° 8.666, de 21.06.1993, determina que, existindo a possibilidade de concorrência entre interessados, a licitação será imperativa e, somente excepcionalmente, nos casos expressamente previstos na Lei, é que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade poderão existir, mesmo assim mediante expressa motivação.⁷ Dessarte, no dizer de Freitas (1999, p. 186), “Na dúvida deve-se decidir a favor da concretização do princípio”.

Não pode, dessa forma, o administrador público, em quaisquer dos níveis de nossa organização política, arvorar-se em criar, arbitrariamente, hipóteses em que os conceitos de dispensa e inexigibilidade de licitação serão

⁷ “Dispensa do procedimento – Explicação dos motivos – Obrigatoriedade – Requisito da seriedade e da validade de do ato. É requisito da seriedade e da validade dos atos administrativos que haja a explicitação dos motivos da dispensa da licitação, para que se possa confrontar os declinados pela Administração Pública com os efetivamente existentes na realidade empírica.” (RT 162/59).

alargados em detrimento do caráter finalístico do preceito constitucional mes-
mo quando no exercício do poder regulamentar,⁸ do ocorreu no caso concre-

4 UM ESTUDO DE CASO

As considerações tecidas nos tópicos supra foram efetivadas com o
objetivo de dissecarmos a Lei nº 4.024, de 21.02.1995, do Município de Go-
vernador Valadares – MG, que criou o Programa Municipal de Recuperação e
Conservação de Áreas Verdes Públicas⁹ posteriormente regulamentada pelo
Decreto nº 5.232, de 28 de março de 1995.
A mencionada legislação foi maculada integralmente em sua regula-
mentação tendo em vista que os administradores aptos a colocá-la em prática
derrogaram, a seu exclusivo falante, a Lei nº 8.666/93, quando omitiram-se de
determinar a obrigatoriedade de licitar os objetos decorrentes dos ajustes fir-
mados com base em suas determinações, substituindo a licitação por um con-
trole posterior dos gastos inexistentes em nosso ordenamento jurídico.
A dita Lei estabelece, em seu art. 3º:

.....

An. 3º - O Executivo Municipal, para o cum-
primento do disposto nesta Lei, poderá:

I – Firmar convênios de cooperação técnica
e financeira, com pessoas físicas, empresas públicas
ou privadas, órgãos estaduais, federais ou internacio-
nais;

II – Conceder, sob a forma de incentivo fis-
cal, desconto de até 50% (cinquenta por cento) do Im-
posto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e
Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, às pesso-
as físicas e/ou jurídicas, conveniadas, estabelecidas no
Município.

.....

⁸ Mesmo porque, “[...] O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (Art. 5º).” (MEIRELLES, 2002, p. 124). Dentro destes princípios, sem duvidas, o da isonomia. textualmente mencionado pela CF/88 e pela Lei 8.666/93.

⁹ “Art. 2º O Programa tem por objetivo criar condições materiais que possibilitem a recuperação, implantação e manutenção de praças, parques, jardins e similares, criação de Parque Municipal, Mini-Zoológico, desenvolvimento de projeto paisagístico da Orla da Ilha dos Araújo, da Orla do Bairro São Pedro e de outras unidades de conservação ambiental, assim como a proteção especial destas unidades e dotação das mesmas da infra-estrutur necessária indispensável às suas finalidades.”

O pecado legal, todavia, estabeleceu-se por completo no Decreto regulamentador¹⁰ n.º 5.232/95, que determinou:

Art. 3º – a prestação de contas prevista no art. 1º, III, se fará com a apresentação do seguinte documentário:

I – Cópia do contrato firmado, juntamente com as especificações técnicas anexas ao mesmo (art. 1º, I);

II – Guias que comprovem o recolhimento da primeira parcela dos tributos (art. 1º, II e Parágrafo único);

III – Cópias autenticadas dos comprovantes das despesas efetuadas (art. 2º);

IV –

Art. 4º – As despesas relacionadas pelo contribuinte serão objeto de análise e fiscalização pela DPPJ, que após vistoriar a área envolvida, emitirá parecer, atestando os valores efetivamente despendidos, especificando se as mesmas são cabíveis de abatimento das parcelas suspensas dos tributos.

Assim, temos que a Administração Municipal firmará convênios (ou contratos),¹¹ com particulares, pessoas físicas e jurídicas, visando recuperar

¹⁰ Na lição do Ministro Velloso (1994, p. 421), “Os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ‘são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público’. Editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis ‘devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão, também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam’. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforme acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais. Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas.” Claro, portanto, que o regulamento não poderá, como no caso em estudo, alterar determinação legal, mormente em se tratando de disposição legal de competência da União Federal, caso das licitações.

¹¹ Na legislação sob enfoque, os termos *convênio* e *contrato*, são utilizados indistintamente, de forma errônea em nosso sentir. Com integral apoio na doutrina de Meirelles (2002, p. 383), entendemos que o contrato caracteriza-se pela presença de duas ou mais partes, onde uma pretendia determinado objeto (uma obra, uma compra, uma locação) e, a outra, a contraprestação respectiva consubstanciada em uma vantagem qualquer. Já no convênio as pretensões dos participantes são iguais, variando apenas o grau de cooperação de acordo com as possibilidades de cada um. Lado outro, já decidiu o TCU que nos convênios não haverá de existir contraprestação em dinheiro, somente a mútua colaboração (DOU de 18.09.1985, p. 133.651). Sobre o assunto ver Di Pietro (1999). Sintetizando, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Amílcar Motta, entende que “os acordos, ajustes, compromissos, aditivos, ajustes de contas, convenções e quaisquer outras denominações que a aparentemente inesgotável imaginação dos burocratas possam vir a criar no futuro, não passam de nomes diferentes para designar uma única e mesma coisa – Os Contratos Administrativos.” MOTTA, Amílcar – Ofício nº 36/83-AM, da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, exarado no processo nº E-03/18132/83 – (SOUTO, 1993, p. 234).

áreas verdes pertencentes ao Município, possibilitando aos mesmos abater, de seus gastos, 50 % (cinquenta por cento) dos tributos devidos (ISSQN e IPTU). Claro, portanto, que os *convênios* firmados foram gravosos, porquanto pagos integralmente com receitas públicas derivadas de impostos.

Mais que isso, o *controle* dos gastos seria feito posteriormente, mediante a apresentação de *cópias autenticadas dos comprovantes das despesas efetuadas*.

É evidente a burla à Lei de Licitações.

Com efeito, o controle inicial de qualquer gasto efetivado pela Administração Pública haverá de ser feito por meio de regular processo licitatório, decorrente, repete-se, de claro comando constitucional presente no art. 37, XXI, bem como no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que dispõe:

Art. 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração¹² e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso).

Somente não haverá necessidade de licitação nos casos taxativamente enumerados no corpo da Lei nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, mesmo porque, ainda que venhamos a considerar como convênios os instrumentos celebrados com base na Lei aqui discutida, ainda assim estaríamos sob a égide do art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93 porquanto determina que suas normas deverão ser aplicadas aos convênios “no que couber.”

Este entendimento é também o de Souto (1993, p. 235) ao afirmar:

O que, entretanto, não pode ocorrer é, através de convênio, atribuir-se à entidade conveniada com- petências ou contratações do Poder Público que, se ele executasse, exigiriam licitação ou concurso público, tais como a compra de materiais, a contratação de serviços,

¹² “Tenho manifestado firme entendimento no sentido de que o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração.” (STJ – Pleno – MS nº 5.602/DF – Rel. Min. Américo Luz – DJU, seção I, 04.02.1998, p. 4).

alienação de bens e contratação de pessoal. Tenha-se presente que, no convênio, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor (este, busca-se no contrato de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração). Raciocinar o contrário seria admitir a burla ao princípio da licitação.

Onde, pois, na fórmula adotada, o acatamento ao princípio da isonomia¹³ e da proposta mais vantajosa para a Administração? Onde, ainda, o acatamento ao formalismo¹⁴ exigido na Lei? Onde a certeza de que as *notas* apresentadas pelos conveniados, como demonstrativo de despesas, seriam idôneas e, mais ainda, como saber se os particulares conseguiram, efetivamente, a melhor proposta para a Administração? São muitas perguntas sem respostas.

Ademais, os princípios da impessoalidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório foram todos desconsiderados pelo Decreto regulamentador, tomando-o institucional, ilegal e possibilitando aos agentes que dele se utilizarem sem observância da legislação mencionada sofrerem as consequências dos instrumentos judiciais repressores postos à disposição da comunidade e que têm como escopo o ressarcimento de possíveis prejuízos ao erário.

Como vimos, a melhor proposta é objetivo inarredável em toda compra de bens e serviços efetivada pela Administração Pública e essa, sem dúvidas, somente se consegue quando existe a concorrência de vários entes dispostos a serem fornecedores ao poder público. Esta a intenção do art. 37, XXI, da Constituição Federal e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Mais

¹³ Demais disso, a corte suprema já estabeleceu, em definitivo, seu entendimento sobre o princípio da isonomia, externado no seguinte julgado: “O princípio da Isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementarão normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordinar a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (STF – Pleno – MI nº 58-DF – Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello – DJU, seção I, 19.04.1991, p. 4.580) (grifo nosso).

¹⁴ “De outra parte, ao instituir a licitação como veículo adequado à seleção das empresas a serem contratadas pelo Estado, o legislador faz uma opção consciente pelo formalismo. Aí está a fundamental distinção entre um sistema de liberdade de escolha dos contratados e aquele onde a licitação se impõe [...]” (SUNDFELD, 1994, p. 22-23).

que isso, a licitação é instrumento de moralidade administrativa totalmente afastado pelo Decreto em discussão que acabou confundindo práticas públicas com interesses privados.

Tratássemos efetivamente de *convênio*, o que não ocorre em nosso entendimento, não estabeleceríamos qualquer contraprestação pecuniária – como já decidiu o Tribunal de Contas da União – TCU e, ainda que aceitemos que o instrumento previsto tem natureza jurídica de *convênio*, nada afastaria o procedimento licitatório que demarcaria a melhor proposta e o acatamento a todos os princípios acima citados para, somente então, também admitindo o exercício de atividade eminentemente administrativa por particulares, entregarmos o objeto do *convênio* à execução dos partícipes privados.

Lado outro, estivéssemos diante de hipóteses excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, haveríamos de ter um procedimento no âmbito da Administração Municipal que explicitasse, por meio da devida e necessária motivação – que por sua vez deveria ser amplamente divulgada em obediência ao princípio da publicidade – quais os vetores determinantes da excepcionalidade até mesmo para que sobre o mesmo incidisse o controle da sociedade.

Essas necessidades não são, entretanto, encontradas na Lei e no Decreto em estudo deixando patente sua inaplicabilidade por todos aqueles que queiram demonstrar obediência a um verdadeiro Estado de Direito.

5 CONCLUSÃO

O intento do presente artigo foi o de contribuir, ainda que dentro das limitações do autor, para repensar uma prática que vai se alastrando pela Administração Pública nacional, vale dizer, tentar, sob o argumento da busca de uma eficiência gerencial, fugir cada vez mais às determinações constitucionais e legais de que a Administração deve, sempre, como regra, licitar o objeto de seus ajustes¹⁵. Daí tornarmos público nosso pensamento, que imaginamos pertinente por não ser ocioso, nos dias que correm, acentuar a necessidade de um maior controle dos gastos públicos diante das determinações postas pela Carta Magna.

Possível, portanto, como arremate, chegarmos às seguintes conclusões:

¹⁵ Em 24.09.1996, o TCU publicou parecer sobre as contas do Governo Federal do qual se pode transcrever, em socorro às nossas assertivas, os seguintes pontos: “Tomou-se sobejamente conhecida, ao relatarmos as contas de 1990, a constatação de que, considerando o padrão monetário vigente à época, para cada “13 cruzeiros” gastos com despesas licitáveis, apenas “1 cruzeiro” era lícitado.” Não obstante no decorrer do parecer reconhecerem que ocorreu melhora no sentido de tornar, cada vez mais, a licitação uma regra efetiva, o TCU, continua a alertar para a não-observância da regra de licitar que continuaria em níveis insatisfatórios.

A racionalidade e eficiência da Administração Pública não é conceito antinômico às suas sujeições oriundas da inteligência, do nosso Regime Jurídico-administrativo. Deve ser buscada, com inteligência, dentro da principiologia própria do poder público.

O administrador público não pode, de forma alguma, dispor dos interesses públicos transferindo atividades eminentemente administrativas a terceiros em nome de uma pseudo eficiência gerencial.

Verifica-se que por meio da Lei em estudo, a Administração Municipal abrirá mão de receitas derivadas de impostos e, dispondo de sua competência e da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública, transferirá encargos eminentemente administrativos aos particulares *conveniados* para que eles executem os objetos dos *convênios*.

A transferência de competência é ilegal diante do princípio da indisponibilidade do interesse público que *não se acham à livre disposição do administrador*.

A natureza jurídica do ajuste firmado pelo Município de Governador Valadares com base na Lei Municipal nº 4.024/95 é de contrato, e não de convênio.

Ainda que estivéssemos tratando de convênios, incidiria sobre os mesmos as determinações da Lei nº 8666/93 e, caso estivéssemos diante das exceções legais, as mesmas deveriam ser devidamente motivadas e divulgadas.

É do que estamos convictos.

Referências Bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 4. ed. México: Porrúa, 1948.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

JEZÉ, Gaston. *Principos generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma, 1950.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1999. v. I.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. refund. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 214, p. 35-53, out./dez. 1998.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.